

REPÚBLICA DE COLOMBIA



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVII - Nº 241

Bogotá, D. C., jueves, 10 de mayo de 2018

EDICIÓN DE 20 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO

www.secretariasenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA

www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PROYECTOS DE LEY ORGÁNICA

PROYECTO DE LEY ORGÁNICA NÚMERO 235 DE 2018 SENADO

por medio de la cual se regula la enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C., 18 de abril de 2018

Senador

ROOSVELT RODRÍGUEZ RENGIFO

Presidente Comisión Primera

Honorable Senado de la República

Ciudad.

Proyecto de Ley Orgánica número 235 de 2018 Senado, *por medio de la cual se regula la enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional y se dictan otras disposiciones.*

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto.* La presente ley tiene por objeto condicionar la enajenación de la participación o propiedad accionaria estatal del nivel nacional a la decisión del Congreso de la República quien deberá *conceder o negar las autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales.*

Artículo 2°. Modifíquese el artículo 6° de la Ley 226 de 1995, el cual quedará así:

Artículo 6°. El Gobierno propondrá un proyecto de ley para cada caso de enajenación de la participación o propiedad accionaria del nivel nacional en el capital social de cualquier empresa, estructurando un programa de enajenación preliminar que incluya el precio, la situación actual y conveniencia técnica y macroeconómica. Plan que deberá ser diseñado para cada evento en

particular, que se sujetará a las disposiciones contenidas en esta ley.

Artículo 3°. Modifíquese el artículo 7° de la Ley 226 de 1995, el cual quedará así:

Artículo 7°. Corresponderá al Ministerio titular o a aquel al cual estén adscritos o vinculados los titulares de la participación social, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, diseñar el programa de enajenación respectivo, directamente o a través de instituciones idóneas, públicas o privadas, contratadas para el efecto según las normas de derecho privado.

El programa de enajenación accionaria se realizará con base en los estudios técnicos correspondientes, y deberá demostrar que dicha enajenación es la mejor opción de financiamiento de inversión pública entre todas las opciones disponibles. Los estudios incluirán la valoración de la entidad cuya participación o propiedad accionaria se pretenda enajenar y el estudio de impacto macroeconómico hecho por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la presente ley, y deberán ser parte integral del proyecto de ley.

El estudio de impacto macroeconómico deberá incluir la pérdida por cuenta de los dividendos otorgados por la empresa a la Nación, su reemplazo en la estructura del Presupuesto General de la Nación en el corto, mediano y largo plazo, así como también, una explicación detallada del impacto que en el sector de la empresa tendría la enajenación de acciones.

Junto con el estudio macroeconómico, cada programa de enajenación propuesto por el Gobierno deberá demostrar que dicha enajenación es la mejor opción de financiamiento de inversión pública entre todas las opciones disponibles tanto en el corto como en el mediano plazo.

La valoración, además de las condiciones y naturaleza del mercado, deberá considerar las variables técnicas tales como la rentabilidad de la institución, el valor comercial de todos los activos y los pasivos, los apoyos de la Nación, que conduzcan a la determinación del valor para cada caso de enajenación.

Del diseño del programa de enajenación se enviará copia a la Defensoría del Pueblo para que esta, si lo considera necesario, tome las medidas conducentes para garantizar la transparencia del mismo.

Artículo 4°. Modifíquese el artículo 8° de la Ley 226 de 1995, el cual quedará así:

Artículo 8°. El Ministro del ramo respectivo y el Ministro de Hacienda y Crédito Público presentarán el proyecto de programa de enajenación y su respectivo estudio macroeconómico a consideración del Consejo de Ministros, el cual, previo concepto favorable, lo remitirá mediante proyecto de ley al Congreso de la República que apruebe, autorice o desaprobe para cada caso la enajenación de la participación de la Nación en el capital social de la empresa, que deberá presentarse junto con el Programa de Enajenación Preliminar.

El plan técnico de enajenación y el estudio macroeconómico sobre la conveniencia de venta de las empresas del Estado, debe ser presentado al Congreso de la República durante los primeros 60 días del año.

Así mismo, el Congreso deberá aprobar o improbar el plan técnico de enajenación y el estudio macroeconómico sobre la conveniencia de venta de alguna de las empresas con participación del Estado.

El Ministerio de Hacienda presentará cada año dentro de los primeros 60 días de cada legislatura, al Congreso una relación de las empresas estatales nacionales que pasan por un mal momento económico y una relación del estado de las empresas en las cuales tenga participación la Nación, también adjuntará el plan de enajenación y estudio macroeconómico respectivo en los casos de tener programas de enajenación.

Artículo 5°. Adiciónese un epígrafe VI a la sección 6 del Capítulo Sexto del Título II de la Ley 5ª de 1992, que comprende los artículos 217A y 217B de dicha ley, que quedará así:

VI. Proyecto de ley sobre Enajenación de la Participación de la Nación en el capital social de las empresas

Artículo 6°. Adiciónese un artículo 8°A a la Ley 226 de 1995, el cual quedará así:

Artículo 8°A. Atribuciones del Congreso en materia de enajenación de la propiedad accionaria estatal. En el caso de la enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional en los sectores minero-energético, financiero, salud, educación, ciencia y tecnología, comercialización de bienes agropecuarios, empresas de servicios públicos domiciliarios y telecomunicaciones el Gobierno deberá presentar el proyecto de ley, cuyo contenido mínimo será estipulado en el artículo 3° de la presente ley, para que sea aprobado o improbadado por el Congreso. Cada proyecto propuesto por el Gobierno deberá demostrar que dicha enajenación es la mejor opción de financiamiento de inversión pública entre todas las opciones disponibles tanto en el corto como en el mediano plazo, argumentación que hará parte del proyecto de ley.

Artículo 7°. Adiciónese un artículo 217 A, a la Ley 5ª de 1992, el cual quedará así:

Artículo 217 A. Procedimiento legislativo en materia de enajenación de la participación en el capital social de propiedad estatal. En cada caso de enajenación de la participación de la Nación en el capital social de cualquier empresa el Gobierno deberá presentar el proyecto de ley de que trata el artículo 8° de la Ley 226 de 1995.

El proyecto de ley será presentado por el Gobierno nacional a la Cámara de Representantes y tramitado como ley ordinaria.

Parágrafo. Durante el trámite del proyecto de ley deberá celebrarse Audiencia Pública Especial en la que los ciudadanos y organizaciones interesadas puedan plantear sus comentarios.

2. El estudio de impacto macroeconómico, que deberá incluir la pérdida por cuenta de los dividendos otorgados por la empresa a la Nación, así como también, una explicación detallada del impacto que en el sector de la empresa tendría la enajenación de la participación de propiedad estatal.

3. Establecerá las etapas en que se realizará el procedimiento de enajenación, teniendo en cuenta que, de manera privativa, la primera etapa estará orientada a los destinatarios de las condiciones especiales indicadas en el artículo 3° de la Ley 226 de 1995.

4. Incluirá las condiciones especiales a las cuales se refiere el artículo 11 de la Ley 226 de 1995.

5. Dispondrá la forma y condiciones de pago del precio de las acciones.

6. Fijará el precio mínimo de las acciones que en desarrollo del programa de enajenación no sean adquiridas por los destinatarios de las condiciones especiales, el cual, en todo caso, no podrán ser inferior al que determinen tales condiciones especiales.

7. Indicará los demás aspectos para la debida ejecución del programa de venta.

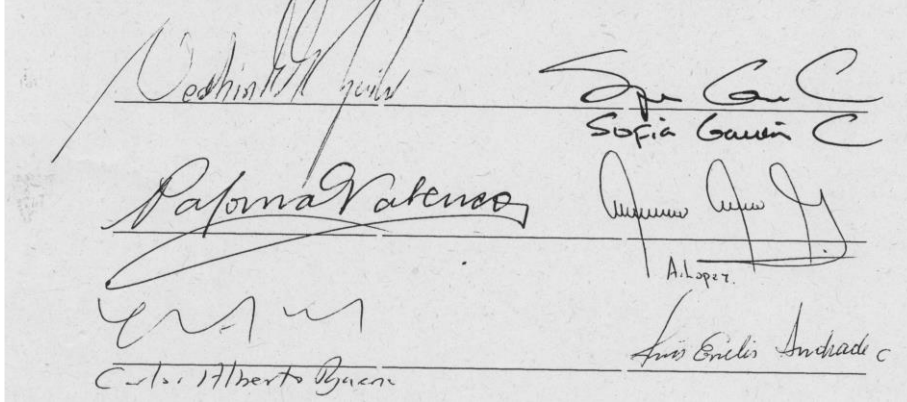
Parágrafo. Cada programa de enajenación propuesto por el Gobierno deberá demostrar que dicha enajenación es la mejor opción de financiamiento de inversión pública entre todas las opciones disponibles.

Artículo 8°. *Seguridad y Soberanía Nacional.* Declarar como estratégico para la seguridad y soberanía nacional el servicio público de energía en todas sus actividades de generación, comercialización, distribución y transmisión.

Para la preservación del equilibrio seguro en el mercado energético, ni el sector privado ni ninguna entidad privada directamente ni como grupo empresarial, personas naturales o jurídicas controlantes, controladas, subordinadas o vinculadas, podrá tener más del 30% de la capacidad instalada efectiva de generación, comercialización, distribución y transmisión de energía en el Sistema Interconectado Nacional (SIN), ni en la comercialización, distribución o transmisión nacional.

Parágrafo. A partir de la promulgación de la presente ley, toda enajenación de la participación estatal del nivel nacional del sector de energía eléctrica, deberá ser aprobada para cada caso por el voto favorable de las dos terceras partes de cada Cámara.

Artículo 9°. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación en el *Diario Oficial* y deroga las disposiciones que le sean contrarias.



The image shows a document with several handwritten signatures. On the left side, there are three signatures: the top one is partially obscured, the middle one reads 'Pafoma Valencio', and the bottom one is 'Alberto Bujari'. On the right side, there are three signatures: the top one is 'Sofía Gaviria C', the middle one is 'A. Lopez', and the bottom one is 'Enrique Sánchez C'.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Por medio de la cual se reglamenta la enajenación de la participación de la Nación en el capital social de las empresas y se dictan otras disposiciones.

Este proyecto de ley cuenta con las siguientes partes:

- I. Trámite.
- II. Objetivo y contenido del proyecto de ley.
- III. Justificación de la iniciativa.
- IV. Impacto fiscal.
- V. Reserva de ley orgánica.
- VI. Pliego de modificaciones.

I. TRÁMITE

El Proyecto de Ley Orgánica objeto de estudio fue presentado el pasado el 11 de noviembre de 2015 con el número 119 de 2015 Senado y publicado en la *Gaceta del Congreso* con el número 931 de 2015, pero fue archivado por tránsito de legislatura. Este Proyecto de Ley Orgánica nuevamente fue presentado el 1° de junio de 2017 por los Senadores Sofía Gaviria Correa, Viviane Morales Hoyos y Alexander López Maya, y fue publicado en la *Gaceta del Congreso* número 354 de 2017, el 17 de mayo de 2017.

II. OBJETO Y CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

De acuerdo con el texto propuesto, el proyecto de ley bajo estudio tiene por objeto incorporar en el ordenamiento jurídico la autorización por parte del Congreso de la República de la enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional. La mencionada autorización se hará mediante ley de iniciativa gubernamental y con base en estudios técnicos y macroeconómicos.

La modificación de los artículo 6°, 7° y 8° de la Ley 226 de 1995 corresponde a la necesidad del Legislativo de Conservar su independencia y armonizar la reglamentación de que trata la presente ley con las disposiciones constitucionales expresas en los artículos 113 y 150 de la Constitución, así como de hacer que el mecanismo de enajenación de la propiedad accionaria estatal sea utilizado cuando sea la decisión más óptima entre todas las decisiones posibles para el financiamiento de la inversión pública.

En primer lugar, a partir de las facultades que el numeral 9 del artículo 150 de la Constitución concede al Congreso para autorizar al Gobierno en materia de celebración de

contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales, y a partir de los últimos sucesos en cuanto al proceso de venta de Isagén, la Corporación ve necesaria la revisión de la actual legislación que rige a partir de 1995 sobre la enajenación de la propiedad accionaria estatal, dado que la Ley 226 deja sin competencia al Congreso de la República para tomar decisiones en la materia, lo cual es contrario al artículo 113 de la Constitución sobre separación de poderes, dado que no hay una colaboración armónica para la toma de decisiones sobre dicho ámbito de lo público.

En este sentido, la propuesta consiste en hacer que el Congreso radique una Ley de Autorización para cada proyecto de programa de enajenación. Este mecanismo es utilizado cuando hay una dualidad en el ejercicio de una función constitucional por diferentes ramas del poder público. Si bien celebrar contratos para realizar una labor de Gobierno es una función típicamente administrativa, en equilibrio de poderes, el poder legislativo es quien debe viabilizar esta realización. Así, dicho diseño en la distribución del poder público es acorde con el principio de separación de poderes así como con la función de control político del legislativo.

En segundo lugar, si bien el artículo 7° de la Ley 226 de 1995 establece algunos lineamientos sobre el contenido del programa de enajenación, no contempla la inclusión de un argumento que es central para tomar la mejor decisión por parte de la instancia de cierre, como es el estudio técnico que establezca con certeza que tan óptima es la opción de enajenación entre todas las opciones posibles para el financiamiento de la inversión pública. Esto implica que el Gobierno debe presentar ante el Congreso un estudio técnico riguroso que analice los beneficios y los costos de la enajenación, para diferentes escenarios de la economía, lo cual implica que la decisión se tome bajo argumentos menos azarosos y de esta manera se proteja de una mejor forma los bienes públicos administrados por el ejecutivo.

En tercer lugar, el proyecto propende por establecer una garantía a la soberanía energética nacional preservando el equilibrio seguro en el mercado energético fijando el límite de participación en el sector privado de generación de energía del 30%, límite que no será aplicable a las empresas oficiales ni públicas, así como tampoco a las mixtas cuyo capital mayoritario fuese público.

III. JUSTIFICACIÓN DE LA INICIATIVA

La cuestión acerca del modelo económico a adoptar para el país fue uno de los debates que con más ahínco adelantaron los Constituyentes de 1991. Corrían los años noventa, y por el mundo entero se alzaba un nuevo orden histórico que desde la unipolaridad planteaba el papel sagrado del mercado y del capitalismo como el modo de producción idóneo para el progreso de los pueblos. No obstante lo anterior, sabio fue el Constituyente de 1991 al establecer fronteras al voraz neoliberalismo, y fue precavido de adoptar en la Carta Política un modelo económico que si bien no escapó a los vientos de su tiempo, dotó a la República de herramientas para garantizar lo que entonces se alzaba como nuestro objetivo como Nación: El Estado Social de Derecho.

De esta manera, el Constituyente consagró un modelo de mercado con reconocimiento expreso de la propiedad privada, de la libre actividad económica y de la iniciativa privada, en un esquema de libre competencia que adquirió el status de derecho fundamental; pero a la vez aseguró la posibilidad de intervención del Estado en todos los campos. Adicionalmente, incluyó las normas referentes a la economía solidaria, que permiten una especie de colectivización de los bienes de producción. ^[1] Así lo sostuvieron los Constituyentes Liberales en la Plenaria de la Asamblea Constituyente al iniciar la discusión de los temas económicos:

Buscaremos fortalecer y hacer eficaz la libre competencia económica, al tiempo que procuramos un Estado capaz de dirigir la economía en beneficio de toda la sociedad. Nos ponemos a sentar las bases para la construcción de un Estado y una sociedad modernos y justos, “con tanto mercado

como sea posible y con tanta intervención como sea necesaria”^[2].

De esta forma, el Estado asumió su papel como agente económico, con la finalidad última de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo segundo de la Carta. Para esto, el Constituyente le asignó, entre otras, la función de regulación económica, la función proveedora de bienes y servicios, la función fiscalizadora o de hacienda pública, la función de redistribución y la función de estabilización económica.^[3]

Esta postura del Constituyente de 1991 se sintetiza en el artículo 334 de la Carta, que le otorga al Estado la dirección general de la economía. Este artículo, en concordancia con los artículos 150, 179, 200 y 371 de la Constitución, faculta al Congreso, al Presidente y al Banco de la República para adelantar las actividades orientadas la dirección económica del país, en el marco de la colaboración armónica establecida en el artículo 113.^[4]

En este esquema, particular rol concedió el Constituyente al Congreso de la República en materia de dirección económica, dado que como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 150 superior, el Congreso tiene la máxima responsabilidad en los asuntos económicos del país, al no escapar ninguna actividad económica por fuera de su control institucional^[5]. Así, el Congreso, además de sus funciones naturales, es el que a través de la ley puede determinar la estructura de la administración nacional, crear empresas y sociedades de economía mixta, entidades descentralizadas de cualquier orden; expedir todas las normas sobre inspección y vigilancia; conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar los bienes nacionales, crear impuestos y expedir las leyes marco frente a la organización del crédito público, la regulación del comercio exterior y del régimen de cambio internacional, la modificación de los aranceles y tarifas de aduanas, regular la actividad financiera y bursátil, establecer las rentas y fijar los gastos de la administración; establecer las contribuciones fiscales y excepcionalmente las parafiscales; expedir la ley de inversiones y presupuesto y las leyes de intervención económica, entre otras.^[6]

Así las cosas, el Ejecutivo debe ceñirse estrictamente al mandato de la ley para desarrollar todas sus funciones en materia económica, salvo las que de carácter excepcional se consagran en el artículo 150 numeral 10 y en el artículo 215, únicos casos en los que el Gobierno puede actuar con autonomía frente al poder legislativo.^[7]

1. **La Enajenación de la propiedad accionaria de la Nación y la Constitución de 1991**

El papel asignado por el Constituyente al Estado en materia económica como agente regulador abrió también la discusión acerca del papel que debía tener el Estado en la vida económico-social del país^[8], y dado que la empresa pública había sido una clara expresión de la intervención estatal en la economía, era inevitable llegar a la discusión acerca de la privatización de la propiedad de la Nación. Es menester resaltar la suma importancia que el Constituyente de 1991 dio al tema de la enajenación de la propiedad estatal, entendiendo el carácter de patrimonio público del mismo fruto de los esfuerzos de la sociedad y el Estado.

La discusión sobre la enajenación de la propiedad estatal fue abordada por la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente, donde la preocupación central de los delegatarios residía en que la propiedad estatal, una vez privatizada, cayera en pocas manos después de la inmensa inversión que en las mismas hiciese el Estado y la sociedad. Al respecto sostuvo el Constituyente Guillermo Perry:

Nosotros^[9] estamos diciendo que lo que queremos evitar es que esto caiga en manos de unos pocos, de que cuando la propiedad del Estado, que realmente es una propiedad colectiva, de toda la sociedad de la cual es titular el Estado, por consideraciones de eficiencia o de cualquier otra razón en la prestación de los servicios, se cree necesario llevarla a manos privadas; o porque un proceso

de estatización no deseado, como en el caso de los bancos durante la crisis financiera del 83, pero en donde la comunidad y el Estado invirtieron grandes recursos para volverlas otra vez instituciones viables desde el punto de vista comercial y económico, para evitar que vuelva a suceder que esa inversión que se ha hecho en cabeza del Estado pase a manos de unos pocos particulares ^[10].

De allí la fórmula que adoptó el Constituyente acerca de la concurrencia de los trabajadores en condiciones especiales para acceder a la propiedad estatal que se enajenara. No obstante, los delegatarios hicieron claridad en que si bien se plasmaba este principio de democratización de la propiedad estatal, esta no constituía carta blanca para enajenar todos los activos de la Nación. Sobre el particular intervino el delegatario Angelino Garzón:

Lo que quiero anotar aquí es entonces que, no vayamos terminando nosotros... a estimular la política irracional de que hay que privatizar una especie de empresas estatales, so pretexto de que se le puede dar beneficio a determinados sectores sociales, creo que debían de darse casos específicos, casos muy concretos, e insisto, se puede combinar, entre la participación de los trabajadores de esas empresas y organizaciones solidarias, organizaciones de comunidad solidaria ^[11].

Así, los ponentes propusieron a la Asamblea Nacional Constituyente el siguiente artículo en materia de enajenación de la propiedad del Estado:

Artículo. Enajenación de propiedad del Estado. *Cuando se enajenan participaciones estatales en empresas, tienen preferencia las ofertas de organizaciones solidarias.* ^[12]

En definitiva, y de acuerdo con la postura general de los delegatarios frente al modelo económico que debía adoptarse en la República, la Constituyente de 1991 prefirió una fórmula intermedia frente a las privatizaciones, en la cual aseguraba el margen de maniobra de cada Gobierno garantizando en todo caso la democratización de la propiedad estatal en caso de enajenación. Al respecto nos ilustra el delegatario Iván Marulanda:

Hemos hecho un gran esfuerzo para no amarrar y no atar los instrumentos políticos de esta Constitución en lo que a nosotros ha competido proponer para que esa sea realmente una democracia de libre oferta y demanda, una democracia para que se pueda gobernar, una Constitución para que se pueda gobernar con ella con las ideas neoliberales o con las ideas socialdemócratas, según sea el mandato de poder que reciban una u otra vertiente ideológica y política en determinado momento. A pesar de eso nos hemos atrevido a proponer ese inciso, ese artículo que se refiere a la enajenación de la propiedad del Estado porque efectivamente en ese juego político vamos a estar sujetos y abiertos o a procesos de estatización o a procesos de privatización según sea el estilo de Gobierno que gane el derecho de dirigir este país en cada momento, pero la experiencia de esos procesos cuando son de privatización, procesos recientes bien conocidos por lo espectaculares, por lo importantes, digamos por lo respetables en cuanto representan intentos de países de este continente por buscarle una salida a su coyuntura, a su encrucijada social y económica, esos procesos cuando han sido de privatización, repito han tenido siempre la gran amenaza de que sirvan para privilegiar intereses privados del capital privado y en muchísimos casos como en Chile, como ahora en Argentina, signados por la sombra de la corrupción, es decir, la privatización no en tanto conveniente para una sociedad como una oportunidad de tener un enriquecimiento desproporcionado en una transacción al amparo de una teoría económica y unas condiciones comerciales en ese proceso de privatización, no dictadas en la defensa de los intereses públicos tanto como dictadas por los intereses de enriquecimiento sin causa, para prevenir esa instancia o mejor esa opción de injusticia en la transferencia de bienes que son de la sociedad, fruto del esfuerzo colectivo de generaciones para cautelar ese interés que tiene toda la Nación y toda la colectividad, interés económico en esos bienes, se propone en ese inciso

una instancia de competencia comercial en esas transacciones que privilegian las ofertas de las organizaciones solidarias^[13] (subrayas fuera del texto).

Así las cosas, el marco constitucional de la privatización quedó plasmado, principalmente, en los artículos 2º, 60, 101, 150, numeral 7 y 9; 300, numeral 7; 313, numeral 6; 333, 334, 336, 355, 365 y 366, así como todas las disposiciones del Título II, que refieren a la garantía de derechos y a las obligaciones del Estado de garantizarlos.^[14] De ellos se coligen, de acuerdo con lo expuesto por el ex Magistrado Álvaro Tafur Galvis, las siguientes reglas^[15]:

a) *El Estado debe actuar en consonancia y para la consecución de los fines indicados en la Constitución, entre ellos la garantía de los derechos consagrados en la Constitución;*

b) *La reserva a favor del Estado de la propiedad del subsuelo y los recursos naturales no renovables y la precisión de que el espectro electromagnético es un bien público, inajenable e imprescriptible;*

c) *La garantía de la iniciativa privada dentro de los límites del bien común;*

d) *La libertad económica cuyo alcance, en los términos de la Constitución Política, puede ser delimitado cuándo así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación;*

e) *La Nación, los departamentos, los distritos y los municipios pueden, dentro de sus respectivas órbitas, crear entidades que desarrollen actividades de naturaleza industrial y comercial, ya sea bajo la forma de Empresas Industriales y Comerciales del Estado o de Sociedades de Economía Mixta.*

f) *Los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado, siendo deber de este asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Empero, dichos servicios, conforme al régimen jurídico especial que fije la ley, pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. Objetivo fundamental del Estado es la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable;*

g) *Normas especiales de la Constitución prevén expresamente la posibilidad de enajenar o liquidar las empresas monopolísticas del Estado cuando no cumplan los requisitos de eficiencia en los términos que señale la ley, pudiendo el Gobierno otorgar a terceros el desarrollo de la actividad.*

h) *De otra parte, se establecen condicionamientos que deben observarse cuando el Estado decida enajenar su participación en una empresa. En efecto, en tales supuestos habrán de tomarse las medidas conducentes a democratizar la titularidad de las acciones y deberá ofrecer a los trabajadores de la empresa, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a la propiedad accionaria;*

Es menester resaltar, para efectos del estudio del presente proyecto de ley, que el último punto mencionado por el doctor Tafur se encuentra consagrado en el artículo 60 de la Carta Política, en el que el Constituyente dio estableció las normas generales para la enajenación de los activos del Estado a la vez que ordenaba al legislador reglamentar la materia:

Artículo 60. *El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad.*

Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia.

2. **La Enajenación de la propiedad accionaria de la Nación y la Ley 226 de 1995**

Si bien el Constituyente de 1991 tuvo la sabiduría de estructurar el modelo económico del país alrededor de un esquema mixto que se nutrió tanto del liberalismo económico, como de la intervención y de la economía solidaria, en el marco del amplio margen de configuración legislativa

el Congreso de la República tomó una clara postura a favor del libre mercado, en el cual se adoptaron normas que desarrollaban ampliamente el modelo neoliberal planteado en el Consenso de Washington, afiliando la Nación a las orientaciones de organismos como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Interamericano de Desarrollo. Así, el Congreso de la República posterior a la Constitución de 1991 adoptó, junto con el poder ejecutivo, normas en materia de disciplina presupuestaria, reducción del gasto público, la liberalización de la economía, la apertura frente a la inversión extranjera directa, la desregulación y por supuesto, la privatización de las empresas públicas.

Esta posición, sustentada en el fracaso de las empresas públicas por razones de ineficiencia de los servicios y el alto índice de corrupción de las mismas, fue debatida en el Congreso de la República, que coincidía con la tesis de que el Estado debía limitar su papel y devolver las tareas o servicios realizados hasta entonces por entidades públicas a empresarios privados ^[16].

Fue en ese contexto que el Gobierno nacional, a través del Ministro de Hacienda y Crédito Público Guillermo Perry presentó a consideración del Congreso de la República el Proyecto de ley número 150 de 1995 Senado, que transitó para convertirse en la Ley 226 de 1995. Este proyecto de ley tenía como objetivo desarrollar lo dispuesto en el artículo 60 superior, según lo planteado en la exposición de motivos, atendiendo al criterio de que la transferencia de la propiedad estatal no debía significar simplemente el cambio de la titularidad de la propiedad accionaria, sino que debía ser entendido como un desarrollo de la democracia participativa ^[17], razón por la cual debían reglamentarse adecuadamente las condiciones especiales de acceso a la propiedad accionaria que enajene el Estado para ciertos sectores sociales. Afirmó así el entonces Ministro de Hacienda:

Se trata de lograr que quienes siempre fueron considerados como objeto del proceso económico sean sujetos del mismo. Se retoma así una tendencia universal del desarrollo del capitalismo con visión social^[18].

En el mismo sentido, el proyecto de ley establecía el procedimiento de enajenación de la propiedad accionaria del Estado. No obstante, el Gobierno nacional planteaba este procedimiento en la órbita del derecho administrativo, sin mención alguna al papel que pudiese cumplir la ley en el proceso de enajenación:

El procedimiento de enajenación comprende toda la serie de actos administrativos por medio de los cuales la propiedad accionaria del Estado pasa a manos de los particulares ^[19] (subrayas fuera del texto).

De esta manera fue expedida la Ley 226 de 1995, que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional *constituye una autorización legislativa de carácter general para que las entidades interesadas (sea la Nación u otra de distinto nivel) puedan proceder a tal enajenación a través de los cauces y procedimientos previstos en esa misma ley, sin que para ello se requiera una autorización legislativa de carácter especial* ^[20]. De acuerdo con este modelo, el Gobierno nacional es quien decide en cada caso la enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional, elaborando un programa de enajenación basado en estudios técnicos que incluyen la valoración de la entidad, las condiciones y naturaleza del mercado, la rentabilidad de la institución, el valor comercial de activos y pasivos y los apoyos de la Nación. Este programa, elaborado por el Ministerio titular junto con el Ministerio de Hacienda, es presentado a consideración del Consejo de Ministros para que emita concepto favorable, tras lo cual se remite al Gobierno nacional para su aprobación. ^[21]

Como se observa, el modelo de enajenación de la propiedad accionaria del Estado adoptado por la Ley 226 de 1995 limitó el papel de la Rama Legislativa del Poder Público, que quedó convertido en un agente pasivo cuyo papel se circunscribió a la reglamentación de las condiciones generales

del procedimiento de enajenación, sin participar de manera alguna en la enajenación en concreto. Frente a este particular se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-393 de 2012 M. P. Nilson Pinilla Pinilla, al resolver en sede de constitucionalidad una demanda en la cual el actor sostenía que la exclusión del Congreso de la República del procedimiento de enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional desconocía el mandato superior contenido en el numeral 9 del artículo 150 de la Carta Política, de acuerdo con el cual corresponde al Poder Legislativo *conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales*. Al respecto, la Corte Constitucional sostuvo que si bien la expedición de una ley general de autorizaciones no desconocía la Carta Política, la ley podía exigir la autorización especial a la que refiere el numeral 9° del artículo 150 superior: ^[22]

Respecto de las leyes de autorizaciones que para esos efectos deben expedirse, esta corporación ha explicado que ellas hacen parte de un sistema en el que existe dualidad en la titularidad y ejercicio de una función constitucional, puesto que dos ramas del poder público, la legislativa y la ejecutiva, intervienen de distinta forma en su cumplimiento. Según lo ha expresado la Corte, se trata de funciones que en su esencia corresponden al Gobierno, pues la celebración de contratos como vehículo para la satisfacción de necesidades es una función tradicionalmente considerada como típicamente administrativa, **pero cuya efectiva realización debe ser viabilizada por una decisión legislativa**. Así, se ha manifestado entonces que las leyes de autorizaciones expresan “*el beneplácito legislativo para que el Gobierno ejerza una función propia dentro de su ámbito constitucional*”. Ese particular esquema de reparto competencial es también una expresión del principio de separación de poderes que es esencial a nuestro modelo constitucional, **así como del control político que desde tal perspectiva ejerce el órgano legislativo sobre el Gobierno**”. (Negritas fuera del texto).

De otra parte, en la referida Sentencia C-086 de 1995 esta corporación explicó que la autorización especial de que trata el numeral 9 del artículo 150 superior **deberá tramitarse solo en aquellos casos en que la misma ley así lo exija, ya que la Constitución de 1991, pese a haber mantenido ese mecanismo, se abstuvo de regular en qué hipótesis aquel sería necesario**. (Negritas fuera del texto).

Es menester resaltar que la autorización especial que se negó al Congreso de la República frente a la enajenación de la participación que la Nación tuviese en el capital social de las empresas, sí se concedió a los órganos de representación del nivel local y departamental. Así, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 226 de 1995, los Concejos Municipales y Asambleas Departamentales autorizan las enajenaciones correspondientes al orden territorial. Esta disposición fue adicionada en el curso del debate legislativo del que fue objeto el Proyecto de ley número 150 de 1995 Senado, toda vez que no fue así propuesto por el Gobierno nacional ^[23]. Llama la atención que el Congreso de la República haya concedido dicha competencia a los citados órganos del orden territorial al tiempo que renunciaba a su propia participación en el proceso de enajenación.

Así las cosas, el proyecto de ley bajo estudio tiene como finalidad exigir dicha autorización especial consagrada en el numeral 9 del artículo 150 superior, de manera tal que la decisión de enajenar la participación que el Estado tenga en el capital social de las empresas sea sometida en cada caso al beneplácito legislativo, corrigiendo el modelo planteado en la Ley 226 de 1995 de forma tal que se garantice en su plenitud el principio de separación de poderes y el control político que ejerce el Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo, en consonancia con la colaboración armónica de las ramas del Poder Público para la realización de los fines del Estado.

3. Las empresas públicas y los resultados de enajenación de la propiedad accionaria de la Nación

Las empresas públicas, o sus equivalentes, surgieron en Colombia como fórmulas organizativas mediante las cuales el Estado atiende las múltiples y variadas necesidades que ha asumido paulatinamente por exigencia de la moderna vida en sociedad, y que no se podían satisfacer adecuadamente con la organización tradicional ^[24]. Los antecedentes de las mismas se remontan al Acto Legislativo 05 de 1954, a través del cual se incorporó en la Constitución Política la existencia de los establecimientos públicos, tanto a nivel nacional como de las entidades territoriales. No obstante lo anterior, la reglamentación de las mismas no se alcanzó sino hasta 1968, cuando los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta fueron consagradas en la Constitución Política y desarrolladas a través de la Ley 65 de 1967. En los diferentes momentos históricos de la vida nacional, fueron surgiendo diferentes organismos que respondían a objetivos y necesidades específicas. Es pertinente repasar la paulatina transformación del Estado y la proyección de su acción en los más diversos ámbitos culturales, sociales, económicos, financieros, industriales y comerciales ^[25]:

En la década de 1920 a 1930, surgieron entre otras entidades de carácter empresarial, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero (Ley 57 de 1931), los Ferrocarriles Nacionales de Colombia (Ley 29 de 1931), el Banco Central Hipotecario (Decreto número 711 de 1931).

En el período de 1940 a 1950, aparecieron el Instituto de Fomento Industrial (Decreto 1157 de 1940), el Instituto Nacional de Abastecimiento, posteriormente Instituto de Mercadeo Agropecuario (Ley 5 de 1944), la Empresa Siderúrgica Nacional de Paz del Río (Ley 45 de 1947), la Sociedad Hotel San Diego (Ley 83 de 1947).

Entre 1950 y 1960 se registró la creación y la organización de entidades como el Banco Popular (Decreto 2143 de 1950), la Empresa Colombiana de Petróleos (Decreto número 030 de 1951), el Banco Cafetero (Decreto número 2341 de 1953), la Industria Militar (Decreto 3135 bis de 1954), la Corporación de Ferias y Exposiciones (Decreto 1772 de 1954), el Banco Ganadero (Ley 26 de 1959) y la Empresa Puertos de Colombia (Ley 124 de 1959).

Entre 1960 y 1967 fue creado por ley, entre otros, el Fondo de Promoción de Exportaciones (Decreto número 444 de 1967).

Además de los mencionados, debe señalarse la creación de sociedades, especialmente de aquellas con capital conformado con aportes del Estado y de los particulares. Estas sociedades se constituían de manera integral con arreglo a las normas de derecho comercial; es el caso entre otras entidades, de la Previsora S. A., de Artesanías de Colombia S. A., de la Corporación Financiera Popular S. A., de los Almacenes Generales de Depósito de la Caja Agraria, Idema y el Banco Ganadero Almagrario. ^[26]

Entre 1968 y 1991, fueron creadas como Empresa Industrial y Comercial la Empresa Colombiana de Vías (Ferrovías) (Decreto número 1588 de 1989), la Corporación Nacional de Turismo (Decreto número 2700 de 1968), el Servicio Naviero Armada República de Colombia (Sernac) (Decreto Extraordinario número 100 de 1984), Promotora de Vacaciones y Recreación Social (Prosocial) (Decreto número 1250 de 1974); como Sociedades de Economía Mixta la Empresa de Comercialización de Productos Perecederos (Emcoper) (Decreto número 1951 de 1973), el Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario (Finagro) (Ley 16 de 1990), la Financiera Energética Nacional (FEN) (Ley 25 de 1990), la Empresa Colombiana de Canalizaciones y Dragados (Emcanales) (Decreto número 1589 de 1989), Sociedad Colombiana de Transporte Ferroviario (STF) S. A. (Decreto número 1589 de 1989); como Sociedades de Capital Público cuyos únicos socios son con exclusividad entidades públicas la Financiera de Desarrollo Territorial

(Findeter) (Ley 57 de 1989), la Corporación Financiera de Fomento Pesquero (Corfipescas) (Ley 13 de 1990), Minerales de Colombia S. A. (Mineralco) S. A. y (Ecosalud) S. A. ^[27]

De estas empresas, muy pocas quedan bajo propiedad estatal. El proceso de privatización iniciado en la década de los noventa transfirió al sector privado la mayoría de las empresas estatales, continuando el Estado con la propiedad de algunas en el sector petróleo; algunos bancos que fueron nacionalizados en la crisis financiera de los noventa pero que están en turno de ser regresados al sector privado, algunas empresas de servicios públicos del orden local; y de telecomunicaciones del orden nacional. ^[28]

De acuerdo con Collazos y Ochoa (2005), el retraso de la productividad en los años ochenta hizo que las empresas nacionales chocaran con las empresas extranjeras que entraban en el mercado a comienzos de los noventa, debido a que estas contaban con mayor capital y un nivel alto de productividad. Esto llevó a la reestructuración de las empresas nacionales, siendo la privatización un mecanismo complementario, que se incentivó tras la crisis de 1996, dado el proceso de recesión que atravesaba el país, sumado con el incremento inusitado del gasto público, con un aumento considerable del déficit fiscal y el endeudamiento público. ^[29]

Esta situación, sumada al argumento del fracaso del Estado como empresario, de acuerdo con el cual las empresas estatales eran ineficientes ^[30], fortalecieron la tesis según la cual el sector público debía ceder a la iniciativa privada una serie de recursos productivos para que esta última lleve a cabo su explotación con una mayor eficiencia y racionalidad de modo que el conjunto de la sociedad resulte beneficiada. ^[31] Así, en el período 1990 - 2000 fueron privatizadas 70 empresas del orden nacional. ^[32]

No obstante lo anterior, de acuerdo con el estudio realizado por Collazos y Ochoa (2005) ^[33], en el cual se realizó la evaluación del efecto que han generado los procesos de privatización en Colombia, tras examinar algunas variables financieras y de productividad de 23 empresas pertenecientes a los sectores minero, industrial, bancario y de servicios públicos, se observó que las trece variables relacionadas con la productividad, la eficiencia, el nivel de crecimiento y rentabilidad, no mostraron cambios sustanciales después de la privatización, contrariamente a los hallazgos reseñados en la mayor parte de literatura internacional. Por lo tanto, no existe suficiente evidencia para afirmar que estas variables se comporten de manera diferente, antes y después de la privatización, al pertenecer estas a mercados no competitivos. ^[34]

Respecto de las utilidades netas, demuestra el estudio que las mismas son mayores en las empresas privadas que en las públicas, dado que cuando la empresa se transforma de pública a privada, la gerencia tiene un mayor interés en la obtención de utilidades que en otros factores, como los de tipo social o de gobernabilidad que tanto preocupan a las empresas del Estado. Además, como lo establece la teoría de la firma para los mercados monopolísticos, la gerencia dispone de elementos para adoptar precios superiores para el volumen óptimo de producción, en el cual los costos marginales se igualan con los ingresos marginales, permitiendo una optimización de las utilidades, no obstante que la producción no se desarrolle con una óptima eficiencia. ^[35]

De otro lado, vale la pena resaltar que la transparencia de los procesos de enajenación de la propiedad estatal incide directamente en los resultados de las empresas privatizadas, para garantizar que el nuevo propietario sea seleccionado a través de un procedimiento que garantice sus condiciones para la óptima eficiencia en la gestión de la empresa. ^[36] Al respecto, vale la pena traer a colación que el Proyecto de ley número 150 de 1995 Senado indicaba que el procedimiento de enajenación debía obedecer a criterios técnicos para salvaguardar el patrimonio de la Nación, a la vez que debía contar con el apoyo oficial del Estado, que debía contribuir, por medio de todos los organismos involucrados, a conducir a buen término el proceso de enajenación. ^[37] Todo lo

anterior, en el marco de un proceso de transparencia de las operaciones que se realizaran dentro del procedimiento de enajenación, meta que se lograba, de acuerdo con el Ministro de Hacienda, con dos limitaciones establecidas en el proyecto de ley: El congelamiento de la propiedad accionaria durante un período determinado y la facultad en cabeza del Gobierno nacional para determinar los máximos que cada uno de los futuros accionistas pudieran adquirir en cada caso concreto.

Sobre este punto, y vista la importancia de la transparencia en el proceso de enajenación, sin duda el aporte del Congreso de la República al mismo es fundamental, al ser un escenario de discusión natural en el cual la sociedad hubiera podido actuar como veedora de los procedimientos de enajenación. Esa oportunidad se ha perdido hasta el momento.

4. **Isagén, el antecedente inmediato**

El antecedente inmediato del profundo desequilibrio que existe entre las Ramas Ejecutiva y Legislativa del Poder Público en lo referente a la enajenación de la participación del Estado en el capital social de una empresa es el caso de Isagén, activo estratégico para el desarrollo nacional. Durante el proceso de enajenación del cual fue excluido el Congreso de la República, 80 senadores de 7 partidos diferentes suscribimos una constancia en la cual plasmamos la gravedad que para la Nación significaba despedir un activo del peso de Isagén.

Isagén era una empresa rentable, eficiente, sólida y estratégica, la tercera generadora de energía más importante del país, que aporta el 16,6% de la energía a los colombianos. Era una empresa manejada con rigor, que en los próximos años tendrá rentabilidad y productividad a niveles históricos. En 2010, logró una utilidad neta de \$406.776 millones de pesos, para el 2011 fue de \$476.712, en el 2012 \$460.903, en el 2013 \$433.966 y para el 2014 \$436.583. Sus ingresos en el 2014 fueron de 2,3 billones de pesos. Para el 2015, el panorama es incluso más favorable debido al aumento significativo de sus ingresos operacionales en 2015 por cuenta de la operación completa de Hidrosogamoso. La compañía espera que su Ebitda crezca entre un 50 y 60%, así como una reducción de los costos por compras de energía pues la capacidad que añade Hidrosogamoso respalda los contratos de venta de energía en firme que tiene la empresa. Además el Capex inversiones de capital será de solo \$250 mil millones, una reducción de \$750 mil millones desde el \$1 billón en promedio de los años 2013 y 2014, lo que se traduce en un incremento en el flujo de caja de la empresa, lo que significa un mayor valor para la empresa y posiblemente la entrega de mayores dividendos a los accionistas.

Con la venta de Isagén el Estado perdió un activo que es estratégico por cuatro razones:

1. Pertenece a un sector dinámico, que ante el aumento de la demanda de energía, no solo en Colombia sino a nivel mundial, ha venido creciendo considerablemente. La demanda energética nacional creció 4,4% en el último año. En nuestro país dicho cambio ha significado la necesidad de avanzar en la tecnificación y en la generación de mayores volúmenes de energía eléctrica, cuyas inversiones no siempre están a cargo de los privados. De hecho, uno de los más grandes proyectos recientes lo lideró Isagén y corresponde a Hidrosogamoso, cuya generación estimada se espera alcance los 820 MW. Isagén y EPM son las empresas que en los últimos años le han apostado al desarrollo de los megaproyectos de energía hidroeléctrica en el país, por eso la importancia de conservarlas como entes públicos y reguladores del sector energético.

2. La empresa es sostenible en términos financieros, y pertenece a un segmento de mercado con grandes perspectivas de crecimiento. En el 2012 su margen neto fue del 22,42%, el ROA de 3,10% y el ROE de 5,99%. Estas cifras implican un margen neto aproximadamente 3,5% por encima de la mediana de las primeras 10 generadoras y/o transportadoras de energía del país.

3. Isagén ha tenido una alta retención de utilidades en los últimos años debido a un programa de inversiones que adelanta desde el 2006, y que sumado a otras fuentes de financiamiento, han

comprometido recursos por más de 4,1 billones de pesos, sin comprometer un solo peso de la Nación. Estas se espera sigan incrementando las utilidades de la compañía entre el 50% y 70%, por lo que haberla vendido se traduce en haber asumido todo el riesgo de inversiones sin cosechar las utilidades futuras.

4. La energía es un tema clave en una industria reciente. Garantizar su abastecimiento competitivo será fundamental cuando la industria retome su senda de crecimiento.

Los 6,6 billones de pesos que se recaudaron con la venta de Isagén tampoco son suficientes para financiar todo el plan de infraestructura vial. Para apalancar el desarrollo de los 30 proyectos de la llamada cuarta generación de concesiones (4G), se necesitan 30 billones de pesos. Es decir, casi una sexta parte de lo que realmente necesita el Gobierno. Con esta decisión, el país se quedaría sin los dividendos que genere la empresa, y sin la financiación completa de su Plan de Infraestructura Vial.

El Gobierno afirmó en su momento que el retorno económico (TIR Económica) para el país del programa 4G era de 18,3%, una tasa muy superior al retorno por la participación accionaria de Isagén de 10,2%. Sin embargo, existe detrimento patrimonial cuando para financiar las vías de 4G se recurrió a la venta de un activo público cuyo retorno, rentabilidad o costo de oportunidad para la Nación es de 10,2% anual, en lugar de acudir a alternativas de fondeo con costo de oportunidad inferior para los colombianos.

Adicionalmente, con la venta de Isagén no solamente se entregó a un inversionista privado la infraestructura que tiene en sus centrales hidroeléctricas y sus plantas de generación térmica, sino el agua que alimenta los embalses de dicha empresa y la diversidad biológica de los ecosistemas que los rodean. Esto significa en la práctica que el Gobierno vendió a precios irrisorios los recursos naturales de la Nación, recursos estratégicos fundamentales para el bienestar y la soberanía nacional de Colombia: tierra, agua, recursos biogénéticos; así como el saber de sus trabajadores, acumulado en años de labor, investigación y puesta en marcha de múltiples proyectos que ahora garantizan energía eléctrica para todo el país.

Isagén es propietaria de grandes extensiones de territorio comprometidos en la generación de energía eléctrica y en la conservación y protección de especies de fauna y flora. Por ejemplo, en el caso de Hidrosogamoso, el solo embalse ocupa más de 7.000 hectáreas y almacena 4.800 millones de metros cúbicos de agua, el área de cuenca tributaria suma más de 2.117.800 hectáreas. En las zonas de amortiguación o protección de embalses se han registrado unas 444 especies de animales en riesgo de extinción muchas de ellas endémicas de nuestro país.

Estos argumentos, entre otros, fueron ignorados por el Gobierno nacional, que procedió a la enajenación de las acciones que el Estado poseía en Isagén. El Congreso de la República, pese al fuerte reclamo que la sociedad civil hizo para evitar esta venta, fue un convidado de piedra frente a un proceso fundamental para el futuro del país. Así las cosas, queda advertida por la experiencia la importancia de que sea la Rama Legislativa la que apruebe estas enajenaciones, involucrando al máximo órgano de representación popular de la República en las decisiones que afectan el futuro del país.

5. **Conclusión**

El Constituyente consagró un modelo de mercado con reconocimiento expreso de la propiedad privada, de la libre actividad económica y de la iniciativa privada, en un esquema de libre competencia que adquirió el status de derecho fundamental; pero a la vez aseguró la posibilidad de intervención del Estado en todos los campos. A su vez, la Constitución le otorgó un papel preferencial en materia económica al Congreso de la República al interior del Estado, que como delegatario directo de la voluntad popular tiene la máxima responsabilidad en los asuntos

económicos del país, al no escapar ninguna actividad económica por fuera de su control institucional. ^[38] En consecuencia, el Ejecutivo entonces debe sujetarse a lo dispuesto en la ley para ejercer sus funciones en materia económica.

No obstante lo anterior, el Constituyente adoptó una fórmula amplia que permitiera al Poder Legislativo adoptar fórmulas respecto del modelo económico, que el Congreso orientó hacia el neoliberalismo y a la disminución del papel del Legislador en materia de enajenación de la participación accionaria de la Nación.

Así las cosas, es natural preguntarse: Por qué el Congreso de la República, máxima representación de la voluntad popular, queda excluido del procedimiento de enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional, dada su característica de propiedad colectiva y la importancia de su enajenación, como lo expresaron los Constituyentes.

Esta es una pregunta sin respuesta, al menos desde el derecho constitucional. Así las cosas, el proyecto de ley bajo estudio tiene como finalidad exigir dicha autorización especial, de manera tal que la decisión de enajenar la participación que el Estado tenga en el capital social de las empresas sea sometida en cada caso “al beneplácito legislativo”, corrigiendo el modelo planteado en la Ley 226 de 1995 de forma tal que se garantice en su plenitud el principio de separación de poderes y el control político que ejerce el Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo, en consonancia con la colaboración armónica de las ramas del Poder Público para la realización de los fines del Estado. Solo de esta forma podrá restablecerse el sistema de pesos y contrapesos entre las Ramas Legislativa y Ejecutiva del Poder Público, al menos en lo que refiere a la enajenación de la participación estatal en el capital social de las empresas en las que todavía hace parte la Nación.

En los anteriores términos se destaca la importancia de incorporar en la Ley 5ª de 1992 un procedimiento especial para que el Poder Legislativo participe del proceso de enajenación de la participación del Estado en el capital social, conforme a la trascendencia del mismo para la Nación.

IV. IMPACTO FISCAL

Con relación al impacto fiscal del presente proyecto de ley nos remitimos a la jurisprudencia de la Corte Constitucional que en Sentencia C-625 de 2010 indicó que:

Las obligaciones previstas en el artículo 7º de la Ley 819/03 constituyen un parámetro de racionalidad legislativa, que está encaminado a cumplir propósitos constitucionalmente valiosos, entre ellos el orden de las finanzas públicas, la estabilidad macroeconómica y la aplicación efectiva de las leyes. Esto último en tanto un estudio previo de la compatibilidad entre el contenido del proyecto de ley y las proyecciones de la política económica, disminuye el margen de incertidumbre respecto de la ejecución material de las previsiones legislativas. El mandato de adecuación entre la justificación de los proyectos de ley y la planeación de la política económica, empero, no puede comprenderse como un requisito de trámite para la aprobación de las iniciativas legislativas, cuyo cumplimiento recaiga exclusivamente en el Congreso. Ello en tanto (i) el Congreso carece de las instancias de evaluación técnica para determinar el impacto fiscal de cada proyecto, la determinación de las fuentes adicionales de financiación y la compatibilidad con el marco fiscal de mediano plazo; y (ii) aceptar una interpretación de esta naturaleza constituiría una carga irrazonable para el Legislador y otorgaría un poder correlativo de veto al Ejecutivo, a través del Ministerio de Hacienda, respecto de la competencia del Congreso para hacer las leyes. Un poder de este carácter, que involucra una barrera en la función constitucional de producción normativa, se muestra incompatible con el balance entre los poderes públicos y el principio democrático. Si se considera dicho mandato como un mecanismo de racionalidad legislativa, su cumplimiento corresponde inicialmente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, una vez el Congreso ha valorado, mediante las herramientas que tiene a su alcance, la compatibilidad entre

los gastos que genera la iniciativa legislativa y las proyecciones de la política económica trazada por el Gobierno. Así, si el Ejecutivo considera que las cámaras han efectuado un análisis de impacto fiscal erróneo, corresponde al citado Ministerio el deber de concurrir al procedimiento legislativo, en aras de ilustrar al Congreso sobre las consecuencias económicas del proyecto. El artículo 7° de la Ley 819/03 no puede interpretarse de modo tal que la falta de concurrencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público dentro del proceso legislativo, afecte la validez constitucional del trámite respectivo.

Como lo ha resaltado la Corte, si bien compete a los miembros del Congreso la responsabilidad de estimar y tomar en cuenta el esfuerzo fiscal que el proyecto bajo estudio puede implicar para el erario público, es claro que es el Poder Ejecutivo, y al interior de aquél el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el que dispone de los elementos técnicos necesarios para valorar correctamente ese impacto, y a partir de ello, llegado el caso, demostrar a los miembros del órgano legislativo la inviabilidad financiera de la propuesta que se estudia. De allí que esta corporación haya señalado que corresponde al Gobierno el esfuerzo de llevar a los legisladores a la convicción de que el proyecto por ellos propuesto no debe ser aprobado, y que en caso de resultar infructuoso ese empeño, ello no constituye razón suficiente para tener por incumplido el indicado requisito, en caso de que las cámaras finalmente decidan aprobar la iniciativa cuestionada. ^[39].

V. RESERVA DE LEY ORGÁNICA

El presente proyecto de ley propone la creación de un procedimiento legislativo mediante el cual el Congreso de la República autorizará al Ejecutivo para enajenar la participación de la Nación, razón por la cual el mismo debe surtir el trámite correspondiente a las leyes orgánicas, según lo dispuesto en el artículo 151 superior:

Artículo 151. *El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara.*

Al respecto ha sostenido la jurisprudencia constitucional:

8. *La Corte se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre la naturaleza y jerarquía de las leyes orgánicas, su poder condicionante de la actividad legislativa ordinaria, y la necesidad de que su modificación deba ajustarse al trámite previsto para su aprobación.*

La especial jerarquía que revisten las leyes orgánicas deriva de que, además de satisfacer los requisitos generales para la aprobación de cualquier otra ley, deben cumplir algunas exigencias adicionales. Como lo ha destacado la jurisprudencia de esta Corte, las leyes orgánicas presentan rasgos y requisitos especiales en los siguientes aspectos: (i) el fin de la ley; (ii) su contenido o aspecto material; (iii) la votación mínima aprobatoria; y (iv) el propósito del legislador.

En cuanto al primer rasgo, el artículo 151 de la Carta precisa que a este tipo de leyes estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. De manera que su finalidad es la de regular una materia específica, condicionando posteriores desarrollos legislativos, en la medida que organiza e integra la materia objeto de su regulación.

En cuanto al segundo rasgo, el contenido material, la propia Carta indica las materias que conforman la reserva de ley orgánica, como excepción a la cláusula general de competencia en cabeza del legislador ordinario, y que sirven para proteger procesos considerados de especial importancia por el Constituyente, como son el funcionamiento del Congreso, la planeación del desarrollo, lo relativo al presupuesto y al ordenamiento territorial. En ese orden de ideas, atribuye

reserva de ley orgánica a las leyes que reglamentan el Congreso y cada una de las Cámaras; las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones; el plan general de desarrollo; y la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales.

El tercer requisito, comporta la exigencia de un umbral especial para la aprobación de un proyecto de ley orgánica, consistente en la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara (C. P., artículo 151). Esta aprobación privilegiada pretende la obtención de mayor consenso de las fuerzas políticas representadas en el Congreso de la República, lo cual garantiza mayor legitimidad democrática a la ley que va a autolimitar el ejercicio de la actividad legislativa.

Finalmente, en lo que concierne al cuarto elemento distintivo, el propósito del legislador, significa que en el propio trámite legislativo debe aparecer clara, expresa y positiva la voluntad del Congreso de aprobar o modificar una ley de naturaleza orgánica. Esta exigencia busca garantizar la transparencia en el curso del debate democrático, y abrir espacios discursivos y participativos de control político que, en muchos casos, no tienen lugar cuando lo que se debate es la aprobación de una ley ordinaria.

En estas condiciones, si un proyecto pretende convertirse en ley orgánica deberá reunir no solo los requisitos ordinarios para la aprobación de toda ley, sino, además, las características especiales de las leyes de naturaleza orgánica: la ausencia de cualquiera de ellos provoca su inconstitucionalidad.^{[40][40]}

Bibliografía

[1] Leguizamón Acosta, W. Derecho Constitucional Económico. Editorial Ibáñez. Pág. 37-38.

[2] Perry Rubio, G. *Estado y sector privado en la Constitución de 1991* en Constitución Económica Colombiana. Editorial El Navegante. Pág. 126.

[3] Leguizamón Acosta, W. Derecho Constitucional Económico. Editorial Ibáñez. Pág. 41-42.

[4] *Ibíd.* Pág. 201.

[5] *Ibíd.* Pág. 202.

[6] Lleras de la Fuente, C. *Contexto general de la Constitución Económica* en Constitución Económica Colombiana. Editorial El Navegante. Pág. 76-77.

[7] Leguizamón Acosta, W. Derecho Constitucional Económico. Editorial Ibáñez. Pág. 203-204.

[8] Rodríguez Arana citado por Tafur Galvis, A. *La Constitución de 1991 y la Modernización del Estado Colombiano*. Universidad Externado de Colombia. Pág. 182.

[9] Ponencia sobre Propiedad fue presentada ante la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente por los delegatarios Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benítez, Angelino Garzón, Tulio Cuevas y Guillermo Guerrero.

[10] Acta del 11 de abril de 1991 Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente. Pág. 22.

[11] *Ibíd.* Pág. 27.

[12] Proyecto de articulado Propiedad. Subcomisión Primera de la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente. 8 de abril de 1991.

[13] Acta del 10 de abril de 1991. Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente. Pág. 69-70.

[14] Tafur Galvis, A. *La Constitución de 1991 y la Modernización del Estado Colombiano*. Universidad Externado de Colombia. Pág. 197.

[15] *Ibíd.* Pág. 197-201.

[16] R. Hamer citado por Tafur Galvis, A. *Ibíd.* Pág. 186.

[17] Proyecto de ley número 150 de 1995 Senado, *por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones*. Publicado en **Gaceta del Congreso** número 367 de 1995.

[18] *Ibíd.*

[19] *Ibíd.*

[20] Sentencia C-393 de 2012. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

[21] Ley 226 de 1995. Artículos 6° y ss.

[22] Sentencia C-393 de 2012. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

[23] Proyecto de ley número 150 de 1995 Senado, *por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones*. Publicado en **Gaceta del Congreso** número 367 de 1995.

[24] Tafur Galvis, A. La Constitución de 1991 y la Modernización del Estado Colombiano. Universidad Externado de Colombia. Pág. 111.

[25] — *Ibíd.* Pág. 114.

[26] — *Ibíd.* Pág. 113-115.

[27] — *Ibíd.* Pág. 124-128.

[28] — Collazos, Jaime y Ochoa Héctor. Los efectos de la estructura monopolística de los mercados en la evaluación de las empresas privatizadas en Colombia. Centro Regional de Estudios Económicos del Banco de la República, Cali.

[29] — *Ibíd.* Pág. 12.

[30] — *Ibíd.* Pág. 5.

[31] — Tafur Galvis, A. La Constitución de 1991 y la Modernización del Estado Colombiano. Universidad Externado de Colombia. Pág. 185.

[32] — Collazos, Jaime y Ochoa Héctor. Pág. 14-16.

[33] — Jaime Andrés Collazos es economista del Centro Regional de Estudios Económicos del Banco de la República, sucursal Cali, y Héctor Ochoa es decano de la Facultad de Ciencias Administrativas y Económicas de la Universidad Icesi.

[34] — Collazos, Jaime y Ochoa Héctor. Los efectos de la estructura monopolística de los mercados en la evaluación de las empresas privatizadas en Colombia. Centro Regional de Estudios Económicos del Banco de la República, Cali. Pág. 27.

[35] — *Ibíd.* Pág. 25.

[36] — Collazos, Jaime y Ochoa Héctor. Los efectos de la estructura monopolística de los mercados en la evaluación de las empresas privatizadas en Colombia. Centro Regional de Estudios Económicos del Banco de la República, Cali.

[37] — Proyecto de ley 150 de 1995 Senado “Por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones”. Publicado en Gaceta 367 de 1995.

[38] — *Ibíd.* Pág. 202.

[39] — Corte Constitucional. Sentencia C-625 de 2010, M. P. Nilson Pinilla.

[40] — Sentencia C-289 de 2014. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Mauricio Aguilar
Sofía Gaviria
Paloma Valencia
Alexander López
Luis Evelis Andrade
Carlos Alberto Baena

SENADO DE LA REPÚBLICA

Secretaría General (Arts. 139 y ss. Ley 5ª de 1992)

El día 9 del mes de mayo del año 2018 se radicó en este Despacho el Proyecto de ley número 234, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por los honorables Senadores *Mauricio Aguilar, Sofía Gaviria, Paloma Valencia, Alexander López, Luis Evelis Andrade, Carlos Alberto Baena.*

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

SENADO DE LA REPÚBLICA

SECRETARÍA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 9 de mayo de 2018

Señor Presidente:

Con el fin de repartir el Proyecto de ley número 235 de 2018 Senado, *por medio de la cual se regula la enajenación de la propiedad accionaria del Nivel Nacional y se dictan otras disposiciones*, me permito remitir a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa, presentada en el día de hoy ante Secretaría General del Senado de la República por los honorables Senadores *Mauricio Aguilar Hurtado, Hurtado Sofía Gaviria Correa, Paloma Valencia Laserna, Alexander López Maya, Carlos Alberto Baena, Luis Evelis Andrade.* La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones Constitucionales y Legales.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., mayo 9 de 2018

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el proyecto de ley a la Comisión Primera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la *Gaceta del Congreso.*

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Efraín José Cepeda Sarabia.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.